

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Protection des programmes d'ordinateur

Laurent, Philippe

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Laurent, P 2009, 'Protection des programmes d'ordinateur', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 35, p. 50-57.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

B. Protection des programmes d'ordinateur¹⁹²

Philippe LAURENT¹⁹³

55. La protection des logiciels par les droits d'auteur a été atteinte par l'assimilation des programmes d'ordinateurs aux œuvres littéraires et artistiques. C'est donc le droit d'auteur qui fut pressenti, parmi les droits intellectuels préexistants, comme étant le meilleur système légal pour assurer la protection des programmes d'ordinateur. S'il faut apprécier le pragmatisme de cette solution, son application pratique n'a cependant pas été sans frictions, dues en grande partie aux particularités des logiciels, à la façon dont ils sont conçus et utilisés, et à leur nature hautement fonctionnelle. Nous constatons que ces frictions transparaissent dans le cadre de la présente chronique de jurisprudence.

Ces aspects spécifiques des logiciels ont entre autres eu pour conséquence en Belgique l'adoption d'une législation particulière (la L.P.O.¹⁹⁴) dérogeant, à certains égards, à la loi générale sur le droit d'auteur (la L.D.A.¹⁹⁵). Nous avons structuré la présente analyse en suivant l'ordre des articles de la L.P.O.

1. Objet de la protection

56. L'article 1^{er} de la L.P.O. prévoit que sont protégés par le droit d'auteur et assimilés aux œuvres littéraires non seulement les programmes d'ordinateur, mais également «le matériel de conception préparatoire». Le président du tribunal de première instance de Bruxelles, statuant comme en référé, a confirmé que les *flow-charts*¹⁹⁶ font partie du matériel de conception préparatoire ainsi protégé¹⁹⁷.

Dans une affaire portée devant le président du tribunal de première instance de Gand statuant comme en référé¹⁹⁸, un employeur prétendit qu'un site web était protégé par la L.P.O. afin de tenter de tirer profit de la présomption de cession prévue à l'article 3 de cette loi (*cf. infra*). À juste titre, le président releva que l'employeur ne prouvait pas qu'un logiciel propre avait été développé par l'employé afin de créer le site web, et que, quand bien même quelques lignes de programmation auraient pu avoir été écrites afin de créer ce site web, ces lignes ne présentaient pas une originalité suffisante (*cf. infra*) pour attirer la protection spécifique de la L.P.O.

¹⁹² Cette analyse reprend certains résultats d'une étude effectuée dans le cadre de l'initiative CELLaVI, un projet financé par la Région wallonne.

¹⁹³ Chercheur au CRID et avocat.

¹⁹⁴ Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, *M.B.*, 27 juillet 1994, pp. 19315 et s. (L.P.O. ou «loi spéciale»).

¹⁹⁵ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, pp. 19297 et s. (L.D.A. ou «loi générale»).

¹⁹⁶ Un *Flow chart*, ou diagramme de flux, est un schéma de séquences où les flux de données sont généralement représentés par des flèches et les traitements de données par des «boîtes». Ces représentations permettent de donner un aperçu des processus complexes qui seront implémentés par le logiciel.

¹⁹⁷ Civ. Bruxelles (cess.), 30 juin 2003, *A&M*, 2004, p. 153.

¹⁹⁸ Civ. Gand (cess.), 3 septembre 2001, *I.R.D.I.*, 2002, p. 104, note E. LAEVENS.

57. Reprenant mot pour mot la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs¹⁹⁹, la L.P.O. prévoit que « les idées et principes à la base de tout élément d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur ». La Cour de cassation française²⁰⁰ a eu l'occasion de se prononcer sur ces notions, en avalisant une décision de la cour d'appel de Versailles énonçant que les fonctionnalités d'un logiciel ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur, dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée. Les fonctionnalités d'un logiciel sont définies dans cet arrêt comme « la mise en œuvre de la capacité [du logiciel] à effectuer une tâche précise ou à obtenir un résultat déterminé »²⁰¹.

2. Originalité

58. Contrairement à la L.D.A., l'article 2 de la L.P.O. prévoit explicitement qu'« un programme d'ordinateur est protégé s'il est original ». Par ailleurs, il semble également apporter une définition du critère d'originalité tel qu'il doit être pris en compte en matière de logiciels : il prévoit en effet qu'un logiciel n'est protégé que s'il est original « en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur ». Il précise qu'« aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection par le droit d'auteur ». Cette condition de protection, ainsi que sa rédaction, furent reprises telles quelles de l'article 1.3 de la directive.

La question épineuse qui se pose au sujet de ce critère est de savoir si la définition traditionnelle et « subjectiviste » de l'originalité en droit d'auteur, selon laquelle l'originalité se traduit par la présence de la « marque de la personnalité de l'auteur »²⁰², reste d'application en matière de logiciels ou si, au contraire, la « création intellectuelle propre » doit s'apprécier distinctement, en tenant compte avant tout du « travail intellectuel » de l'auteur.

59. Le 30 juin 2003, le président du tribunal de première instance de Bruxelles, statuant comme en référé, estima que devait être protégé par le droit d'auteur « ce qui n'était pas développé par hasard, mais qui était le résultat d'un processus de recherche et développement long et coûteux, et donc, d'une réflexion créative, une création intellectuelle propre à l'auteur dans le sens de la loi sur la protection des programmes d'ordinateur »²⁰³. Cette définition retenue par le président semble davantage mettre l'accent sur l'investissement intellectuel du créateur, concrétisé par ses recherches et sa réflexion, et non sur la question de savoir si le code reflète sa personnalité²⁰⁴.

¹⁹⁹ Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, J.O.C.E., 15 mai 1991, n° L 122/42.

²⁰⁰ Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 décembre 2005, disponible sur le site <http://www.legalis.net> (dernière visite le 25 février 2009).

²⁰¹ À titre de curiosité, on notera une décision du 15 juin 2006 du juge des référés de Harlem (Pays-Bas), qui apprécia l'originalité d'un logiciel en comparant ses fonctionnalités. Cette décision est, à juste titre, critiquée par l'auteur de la note de jurisprudence y étant consacrée. Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem, 15 juin 2006, *A.M.I.*, 2007-6, pp. 191 et s., note A. VAN ROOIJEN.

²⁰² Voy. par exemple : Cass., 25 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 239 ; Cass., 27 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 908 ; Cass., 2 mars 1993, *Pas.*, 1993, p. 234.

²⁰³ Civ. Bruxelles (cess.), 30 juin 2003, *A&M*, 2004, p. 153. On remarquera que cette considération répond à l'argument du demandeur, selon lequel « un logiciel serait protégé dès qu'il est le résultat d'une création intellectuelle propre à l'auteur sans qu'il soit nécessaire que l'œuvre soit originale dans le sens de la loi "générale" sur le droit d'auteur du 30 juin 1994 ».

²⁰⁴ Cette définition avait déjà été retenue dans différentes décisions précédentes : voy. Civ. Turnhout, 12 septembre 1994, *Computerr.*, 1995/2, p. 65, note M. TAYMANS ; Corr. Hasselt, 16 février 1999, *I.R.D.I.*, 1999, p.34. Pour une décision « mitigée », voy. également Anvers (1^{re} ch.), 5 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 919, note I. VERNIMME.

60. Dans une décision du 23 février 2004, la cour d'appel d'Anvers résuma, peu adroitement selon nous, la question comme suit : « en général, une œuvre jouit de la protection par le droit d'auteur à condition qu'elle soit l'expression de l'effort intellectuel de l'auteur, une condition qui est essentielle afin de donner à l'œuvre le caractère individuel requis. Selon l'article 2 de la [L.P.O.], un programme d'ordinateur jouit de la protection s'il est original, en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur »²⁰⁵. S'agissant d'une action en cessation introduite tardivement²⁰⁶ par rapport à la date de dépôt d'un rapport d'expert suite à une saisie description, la cour estima qu'il n'existait aucune preuve d'infraction et ne se prononça pas davantage sur l'originalité du logiciel litigieux²⁰⁷.

61. Un peu plus tard, la même cour d'appel²⁰⁸ dut se prononcer spécifiquement sur la question du critère d'originalité appliqué aux logiciels dans son arrêt du 19 décembre 2005. En l'espèce, les titulaires de droits d'auteur prétendaient que le critère d'originalité en matière de logiciel était moins strict qu'en matière de droit d'auteur traditionnel, en se basant sur le libellé de la L.P.O. La cour estima cependant que « la question de savoir si l'exigence d'originalité découlant de la loi sur les logiciels va moins loin que l'exigence d'originalité imposée par le droit d'auteur n'est pas conforme à l'assimilation des programmes informatiques aux œuvres d'art ou aux œuvres littéraires ». La cour poursuivit en précisant que le logiciel doit être original, aussi bien dans un sens objectif que subjectif, et doit dès lors bel et bien porter l'empreinte de la personnalité de l'auteur comme cela est exigé pour les œuvres artistiques et littéraires traditionnelles. Ainsi, la cour reprend dans sa définition d'originalité applicable aux logiciels les éléments objectifs (effort intellectuel) et subjectifs (empreinte de la personnalité de l'auteur) de la notion traditionnelle. Dans l'application de ce principe au cas d'espèce, la cour semble cependant plus laxiste : elle retient que « les paramètres des appelantes furent interprétés d'une façon bien déterminée, et il leur fut donné forme d'une façon déterminée ». La cour constate également que le logiciel est le fruit « de différents choix personnels que le programmeur dut faire » et qu'il fit « consciemment »²⁰⁹. La cour en conclut que « de ce qui précède, il découle que l'auteur a fait des choix personnels. Le critère subjectif est pareillement rempli. Le logiciel est l'expression de l'effort intellectuel de l'auteur ». La cour semble dès lors estimer que le seul fait de prouver que des choix personnels ont été faits permet de remplir le critère subjectif d'originalité.

Le seuil d'originalité en matière de logiciel semble en fait facilement atteint, ce qui, au demeurant, correspond à l'interprétation qui est donnée au critère par la Commission dans son rapport sur la mise en œuvre de la directive 91/250/CEE²¹⁰. En effet, ce rapport constate que, pour la première

²⁰⁵ Anvers (1^{re} ch.), 23 février 2004, *I.R.D.I.*, 2004, p. 401.

²⁰⁶ Voy. l'article 1488 du Code judiciaire.

²⁰⁷ Cependant, faisant référence à cette décision, un arrêt non publié de la cour d'appel de Gand aurait interprété ce passage en précisant qu'« en vertu de l'article 2 de la [L.P.O.], un programme d'ordinateur jouit de la protection s'il est original dans le sens où il est la création intellectuelle propre à l'auteur, sans qu'il soit exigé que l'œuvre soit originale au sens de la [L.D.A.] ». Gand (7^e ch.), 3 avril 2006, *b.v.b.a. Dekyver Sky Group – D. Dekyver – J. Dekyver c. n.v. Sky Service*, R.G. n° 2004/AR/966, non publié et mentionné par J. DEENE, « Het originaliteitscriterium in de Softwarewet », *Computerr*, 2007, p. 148.

²⁰⁸ Anvers (1^{re} ch.), 19 décembre 2005, *A&M*, 2007, p. 85.

²⁰⁹ « Bewust » dans le texte original.

²¹⁰ Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs, COM(2000), 199, p. 6.

fois, le niveau d'originalité a été harmonisé au niveau communautaire pour une catégorie spécifique d'œuvres, et que ce niveau uniforme a exigé de douze États membres, dont la Belgique²¹¹, un abaissement du seuil d'octroi de la protection.

3. Titularité

62. La question de la titularité des droits d'auteur sur un logiciel n'est traitée, dans la L.P.O., qu'à l'article 3. Ce dernier ne porte que sur une situation précise, à savoir les créations d'employés. Contrairement à la L.D.A., la L.P.O. prévoit en effet une présomption réfragable de cession à l'employeur des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par les employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur. On comprendra pourquoi l'employeur d'un créateur d'un site web essaya, en vain, de faire passer ce site web pour un logiciel afin de tenter de bénéficier de pareille présomption²¹².

63. La L.P.O. ne prévoit pas une présomption similaire en cas de contrat de commande : le président du tribunal de première instance de Bruxelles²¹³ rappela que c'est dès lors l'article 3, § 3, alinéa 2, de la L.D.A. qui est d'application dans cette situation. Dans le cas d'espèce, le président souligna que cet article porte sur les contrats de commande liant un auteur à son commanditaire. Se référant à l'article 6 de la L.D.A., le président constata que la société titulaire des droits d'auteur n'était pas une personne physique, et ne pouvait dès lors n'être qu'un cessionnaire de ceux-ci (soit par l'effet d'un contrat de cession passé avec l'auteur originaire, soit en application de l'article 3 de la L.P.O.). N'ayant pas la « qualité d'auteur », le président décida de se référer au droit commun des contrats, et souligna que « la cession des droits d'utilisation portant sur les logiciels litigieux peut être tacite, pourvu qu'elle soit certaine », ce qu'il retint dans le cas d'espèce.

64. Cette différence de traitement entre les logiciels développés par des employés et les logiciels développés sous contrat de commande a également été soulignée par le juge des saisies de Bruxelles du 17 octobre 2003²¹⁴. Le cas qui lui fut soumis concernait une opposition sur l'ordonnance de saisie-description d'un logiciel opérée par son prétendu auteur. Ce dernier était titulaire d'une licence sur le logiciel en question, et avait également demandé au donneur de licence d'apporter des modifications au logiciel. Il prétendit dès lors être titulaire des droits sur ces modifications en application de l'article 3 de la L.P.O. Le juge des saisies accepta le principe selon lequel l'adaptation d'un logiciel peut effectivement être protégée par le droit d'auteur si cette adaptation, en tant que telle, est originale, et, dans ce cas, il s'ensuit que ce droit d'auteur naît dans le chef de la personne qui l'a développée. Le juge des saisies rappela ensuite que l'article 3 de la L.P.O. ne prévoit une présomption de cession qu'en matière de créations par des employés et non en matière de contrats de commande, comme c'était le cas en l'espèce. Appliquant dès lors l'article 3, § 3, alinéa 2, de la L.D.A., il constata que le saisissant n'apportait aucune preuve de cession des droits, et donna raison à l'opposant.

²¹¹ J. DEENE, *op. cit.*, p. 152.

²¹² Civ. Gand (cess.), 3 septembre 2001, *I.R.D.I.*, 2002, p. 104, note E. LAEVENS.

²¹³ Civ. Bruxelles (cess.), 25 janvier 2002, *A&M*, 200, p. 333.

²¹⁴ Juge des saisies de Bruxelles, 17 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2004, p. 160. On notera qu'une certaine doctrine regrette qu'une cession automatique des droits au client ne soit pas prévue ou facilitée par la loi (faute d'harmonisation par la directive) en cas de contrat de commande. Voy. J.-P. TRIAILLE, « L'application de la loi aux logiciels », *A&M*, 2004, p. 435.

65. En ce qui concerne la présomption de titularité liée à la mention explicite du titulaire de droits sur l'œuvre, on soulignera que la cour d'appel d'Anvers a confirmé que «la présomption de l'article 6, alinéa 2, de la L.D.A. vaut également pour un programme informatique bénéficiant de la protection du droit d'auteur si le nom de la firme apparaît sur l'écran lors de l'utilisation du logiciel»²¹⁵.

4. Droits moraux

66. Lors de l'analyse de la jurisprudence couvrant la période déterminée, nous avons pu noter que les droits moraux des auteurs de logiciels, visés à l'article 4 de la L.P.O., ne semblent pas avoir été invoqués, ou du moins, avoir fait l'objet de débats passionnés.

La violation des droits moraux n'a généralement été invoquée qu'en surplus de toutes les violations d'ordre patrimonial, et a semblé tout au plus faire l'objet d'une certaine reconnaissance par les juges. Par exemple, le tribunal de première instance de Gand, dans un cas de contrefaçon manifeste (*cf. infra*), remarqua que des dommages moraux avaient été subis «entre autres, par l'atteinte au produit et au nom de la demanderesse»²¹⁶ sans pour autant en faire découler des conséquences spécifiques dans le dispositif.

5. Droits patrimoniaux, licences et leur non-respect

67. L'article 5 de la L.P.O. prévoit que les droits patrimoniaux des titulaires de droits d'auteur sur un logiciel comprennent, entre autres, la reproduction permanente ou provisoire d'un programme d'ordinateur, en tout ou en partie, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, et que «lorsque le chargement, l'affichage, le passage, la transmission ou le stockage d'un programme d'ordinateur nécessitent une telle reproduction du programme, ces actes seront soumis à l'autorisation du titulaire du droit». De par cette protection large englobant toutes les reproductions du logiciel, en ce compris celles qui s'effectuent provisoirement lors de son lancement et de son utilisation, quasi tout usage de logiciel nécessite une licence.

En matière de licences, on notera la définition intéressante donnée par le juge des saisies de Bruxelles: «L'achat d'une licence ne vaut pas l'acquisition d'un droit d'auteur. Une licence est en principe un droit d'usage accordé par le titulaire du droit d'auteur, et est dès lors distincte du droit de propriété»²¹⁷.

68. Les cas de contrefaçons les plus communs impliquent généralement des sociétés qui n'achètent pas de licence ou qui n'en achètent qu'une seule (généralement valable pour un poste ou un utilisateur uniquement), mais qui installent le logiciel visé sur une multitude de machines afin que les employés puissent tous l'utiliser en même temps.

²¹⁵ Anvers (1^{re} ch.), 19 décembre 2005, *A&M*, 2007, p. 85.

²¹⁶ Civ. Gand (1^{re} ch.), 23 mai 2005, *I.R.D.I.*, 2005, p. 516.

²¹⁷ Juge des saisies de Bruxelles, 17 octobre 2003, *I.R.D.I.*, 2004, p. 160.

Le tribunal de première instance de Gand²¹⁸ a dû trancher deux litiges de ce type en 2005. L'apport jurisprudentiel de ces décisions repose avant tout sur les sanctions prononcées et la façon dont le tribunal a calculé les dommages et intérêts dus au titulaire des droits :

- Les copies illégales sont supprimées (les demandeurs peuvent exiger que cette destruction soit faite sous le contrôle d'un expert judiciaire afin de garantir que la suppression soit effective).
- Pour compenser le manque à gagner (perte de revenus), le titulaire des droits se voit attribuer une indemnité équivalente au nombre de copies illégales répertoriées multiplié par le prix de vente des licences qui auraient été nécessaires pour que l'utilisation du logiciel eût été légitime.
- À cette somme est encore ajoutée la moitié²¹⁹ du même montant, comme dédommagement additionnel en compensation de la perte de tout avantage commercial et financier dont l'ayant droit aurait pu profiter lors d'un achat légitime²²⁰, ou pour compenser les dommages causés au marché ainsi que les frais de recherche et de poursuite des infractions (ces frais étant à distinguer des frais d'avocat)²²¹.
- Les contrefacteurs sont bien entendu condamnés aux frais de procédure (en ce compris les frais des experts qui ont participé aux mesures de saisies et/ou de destruction).

Une indemnité additionnelle de « régularisation » équivalente au prix des licences a cependant été refusée. Le tribunal n'a en effet pas accepté de forcer les contrefacteurs à remplacer les copies illégales par des versions officielles du programme. Ceci étant dit, on notera que les défendeurs restent bien obligés d'acheter des licences s'ils veulent continuer à utiliser le programme dans le futur.

69. En ce qui concerne l'auteur des infractions, on remarquera que le tribunal de première instance de Gand a estimé que commettait une faute au sens de l'article 1382 du Code civil l'administrateur délégué qui aurait dû et pu savoir que des copies illégales de programmes d'ordinateur protégés par le droit d'auteur étaient utilisées dans son entreprise²²².

6. « Utilisateur légitime »

70. L'article 6 de la L.P.O. prévoit certaines exceptions au bénéfice des « personnes ayant le droit d'utiliser le programme d'ordinateur ».

La cour d'appel d'Anvers a eu l'occasion de se prononcer brièvement sur la notion d'« utilisateur légitime », qui fut invoquée par une personne accusée de violation des droits sur le logiciel liti-

²¹⁸ Civ. Gand (1^{re} ch.), 4 mai 2005, *I.R.D.I.*, 2005, p. 511 et Civ. Gand (1^{re} ch.), 23 mai 2005, *I.R.D.I.*, 2005, p. 516. Notons que cette dernière décision fut partiellement réformée en appel en 2009 : voy. Gand, 7 mars 2009, R.G. n° 2006/AR/0115, inédit, et note suivante.

²¹⁹ Notons que la cour d'appel de Gand (Gand (7^e ch. bis), 7 mars 2009, *op. cit.*) réforma partiellement la décision du tribunal de première instance de Gand du 23 mai 2005 et appliqua quant à elle le principe du « double damage » à savoir l'évaluation du préjudice à 200 % de la rémunération normale. Ce montant additionnel a donc été augmenté par la cour de la moitié à une fois le montant normal de rémunération. Voy. également Gand (7^e ch.), 27 janvier 2009, R.G. n° 2006/AR/885, inédit.

²²⁰ Civ. Gand (1^{re} ch.), 4 mai 2005, *précité*.

²²¹ Civ. Gand (1^{re} ch.), 23 mai 2005, *précité*.

²²² *Ibid.*

jeux. Selon la cour, la L.P.O. et la directive 91/250/CEE prévoient seulement que peut être considéré comme étant un « utilisateur légitime » celui qui a reçu l'autorisation d'utiliser le logiciel d'un acheteur des droits ou d'un licencié. La cour conclut que « la notion d'utilisateur légitime » ne peut pas être étendue à quiconque qui aurait reçu une autorisation d'un prétendu utilisateur légitime au second degré »²²³.

7. Délits de contrefaçon et de contournement de mesures techniques

71. Le délit de contrefaçon puni pénalement par l'article 11 de la L.P.O. consiste à mettre en circulation ou détenir à des fins commerciales une copie d'un programme d'ordinateur en sachant qu'elle est illicite ou en ayant des raisons de le croire. Sur la base de cette disposition, la cour d'appel d'Anvers²²⁴ a eu l'occasion de condamner l'exploitant d'un « Bulletin Board System » (« B.B.S. ») pour avoir mis en circulation des copies illégales de logiciels. En l'occurrence, ces fichiers illégaux n'avaient pas été « uploadés » par l'exploitant lui-même mais par des tiers. La cour a cependant estimé que la mise à disposition des fichiers, même s'ils ont été placés sur le B.B.S. par des tiers, à d'autres tiers qui peuvent les télécharger, répond à la notion de « mise en circulation » prévue par loi sur la protection des programmes d'ordinateur. La cour retint que cette mise à disposition s'était faite à des « fins commerciales » du fait que le B.B.S. se présentait sous la forme d'un « marché d'échange »²²⁵ de logiciels.

72. Toujours selon l'article 11 de la L.P.O., sont également passibles d'une condamnation pénale « ceux qui mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation des dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur ». La chambre du conseil du tribunal de première instance de Namur²²⁶ a dû se prononcer sur une prévention concernant, entre autres, la prétendue violation de cet article 11. Le cas d'espèce concernait la poursuite d'individus qui avaient « désimlockés »²²⁷ des GSM pour les revendre une fois reconditionnés. Le procureur du Roi avait estimé que pareil agissement avait été commis en violation des articles 5, 10 et 11 de la L.P.O., et, dès lors, en « portant atteinte aux droits des titulaires de droits d'auteur sur les programmes informatiques insérés dans les différents GSM désimlockés et y avoir neutralisé les protections techniques au préjudice d'Ericson, Nokia, Buygues Telecom, ... ». La chambre du conseil a cependant décidé, à juste titre, que « le fait de *désimlocker* un GSM ne porte pas atteinte aux droits d'auteur des concepteurs de programmes informatiques qui y sont insérés », le désimlockage étant une « opération par laquelle on utilise une fonctionnalité prévue par le programme du GSM pour modéliser son utilisation [...] ; le fait de débrancher cette fonctionnalité ne modifie pas le programme de l'ordonnateur ».

²²³ Anvers (1^{re} ch.), 19 décembre 2005, *A&M*, 2007, p. 85.

²²⁴ Anvers (9^e ch.), 28 février 2002, *A&M*, 2002, p. 340.

²²⁵ « Ruilhandel » dans le texte original.

²²⁶ Civ. Namur (ch. cons.), 7 janvier 2004, *R.D.T.I.*, n° 22/2005, p. 113, note S. DUSOLLIER et P.-Y. POTELLE.

²²⁷ « Le *simlockage* est un système de verrouillage des téléphones mobiles. Suite au *simlockage*, les appareils se trouvent électroniquement bloqués pour ne fonctionner qu'avec les cartes SIM d'un seul fournisseur de service de télécommunications mobiles. Ce n'est donc pas la carte SIM qui est verrouillée, mais bien le GSM qui ne pourra interagir avec un réseau de téléphonie mobile qu'à travers la carte SIM d'un opérateur de réseau déterminé (celui-là même qui a appliqué le code de verrouillage) ». S. DUSOLLIER et P.-Y. POTELLE, *op. cit.*, p. 118. Le *désimlockage* consiste à déverrouiller un GSM qui a fait l'objet d'un *simlockage*.

73. Les *mod chips*, par contre, enfreignent clairement le droit qu'ont les titulaires de droits d'auteur sur les logiciels de voir respecter leurs mesures techniques de protection. Une jurisprudence, inédite mais abondante, a en effet sanctionné la pratique consistant à vendre ou installer dans les consoles de jeux vidéo des puces neutralisant les mesures techniques de protection des fabricants, et permettant ainsi aux appareils de lire des jeux contrefaits²²⁸. Les *mod chips* doivent en effet être considérées comme étant des « moyens ayant pour seul but de faciliter la suppression non autorisée ou la neutralisation des dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur » au sens de l'article 11 de la L.P.O. La méthode de calcul utilisée par la cour d'appel de Mons pour indemniser les titulaires de droits intéressera les praticiens : celle-ci décida en effet de condamner les contrefacteurs à une indemnité équivalente au prix moyen d'un jeu vidéo pour la console en question, multiplié par le nombre moyen de jeux vidéo achetés par console achetée, le tout multiplié par le nombre de « mod chips » vendues par le contrefacteur²²⁹.

74. La confiscation des supports matériels faisant l'objet de l'infraction peut être prononcée lors d'une condamnation du chef d'infraction à l'article 11, § 1^{er} (voy. l'article 11, § 2 de la L.P.O.). Ce n'est pas sans une certaine amertume que la cour d'appel de Liège²³⁰ rappela cette règle, lorsqu'elle fut amenée à considérer que le juge dont la décision était frappée d'appel avait ordonné, à tort, la levée de scellés posés lors d'une saisie conservatoire. Constatant que, suite à cette décision de première instance, le contrefacteur avait profité de la levée des scellés pour effacer les programmes piratés et pour les remplacer par des logiciels récemment achetés, la Cour dut se rendre à l'évidence que replacer les ordinateurs sous scellés n'avait, dès lors, plus de sens. Elle ne manqua cependant pas de condamner le contrefacteur aux dépens des deux instances.

C. Protection des bases de données

Caroline KER²³¹

75. La Cour de justice des Communautés européennes a rendu le 9 novembre 2004 quatre arrêts qui ont permis de préciser le droit *sui generis* des bases de données institué par la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données²³².

Ces arrêts font suite à des questions préjudicielles. Trois d'entre eux²³³ ont été rendus dans les affaires introduites par la société *Fixtures Marketing Ltd*, qui représentait les droits intellectuels des ligues nationales de football anglaise et écossaise sur les calendriers des championnats de

²²⁸ Corr. Charleroi, 23 octobre 2003, n° 2626 du greffe, n° 68.L7.343/02 du parquet, inédit ; Corr. Termonde, 19 mai 2004, n° 68.98.1053/01/26 du parquet, n° 1662 du greffe, inédit ; Corr. Gand, 23 avril 2008, n° 68.98.1806/07/FS1 du parquet, n° 2008/1322 du greffe, inédit.

²²⁹ Mons, 4 mars 2005, n° 167 de l'arrêt, n° 148 H 2004 du parquet, inédit ; Mons, 4 mai 2007, n° 328 de l'arrêt, n° 135 H 04 du parquet, inédit.

²³⁰ Liège, 13 novembre 2006, *I.R.D.I.*, 2007, p. 178.

²³¹ Assistante aux FUNDP et chercheuse au CRID.

²³² Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (*J.O. L 77*, p. 20).

²³³ C.J.C.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd. c. Organismos prognostikon agonon podosfairou AE*, affaire C-444/02 ; *Fixtures Marketing Ltd. c. Svenska Spel AB*, affaire C-339-02 ; *Fixtures Marketing Ltd. c. Oy Veikkaus AB*, affaire C-46-02.